

A. I. N° - 206896.0003/18-5
AUTUADO - OUTBACK STEAKHOUSE RESTAURANTES BRASIL S/A
AUTUANTE - OTHONIEL SANTOS FILHO
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13.03.2024

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0040-05/24-VD**

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. DESENCONTRO ENTRE OS VALORES DE IMPOSTO ESCRITURADOS E OS RECOLHIDOS. Durante a instrução processual, o autuante constatou que foram computados itens em multiplicidade nos cupons fiscais, de modo que a exigência inicial necessitou de revisão, ao cabo da qual acabou sendo reduzida, contando com a concordância da autuada. Afastada a nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Vale de começo salientar que o presente relatório atende às premissas estabelecidas no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, máxime quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos participantes processuais, inclusive contextualizado para o formato das sessões virtuais de julgamento.

O Auto de Infração em tela, lavrado em 26/3/2018, num total histórico de R\$ 148.458,99, afora acréscimos, abarcou a seguinte irregularidade:

Infração 01 – 03.01.01 – Pagamento a menor de ICMS em virtude de desencontro entre os montantes recolhidos e o escriturado nos registros de apuração. Diferenças decorrem do confronto do somatório de valores de fornecimentos de mercadorias tributáveis apontados nos cupons fiscais e nas notas fiscais de saídas, dados extraídos nas MFDs, em relação ao lançado na EFD.

Fatos geradores aludem de janeiro a dezembro de 2015, janeiro a agosto de 2016.

Conduta enquadrada nos arts. 24, 25 e 26 da Lei 7.014/96, c/c o art. 305 do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 13.780/2012 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b”, da Lei retro mencionada.

Acosta o autuante, entre outros documentos: termo de início de fiscalização (fl. 05), termo de intimação para apresentação de documentos e arquivos magnéticos – SPED/EFD e MFD (fl. 06), demonstrativo do recolhimento de produtos tributáveis a menor (fl. 07, frente e verso), relatório de impressão de dados do processo de intervenção em ECF (fl. 09), relação dos arquivos magnéticos gravados em DVD-ROM (fl. 10) e mídia digital contendo os arquivos magnéticos relacionados no documento citado anteriormente e recibo respectivo (fls. 11/12).

Após ciência em 10.4.2018, a defesa é protocolada em 08.6.2018 (fls. 19/47), ocasião em que o estabelecimento autuado:

Apresenta uma síntese dos fatos em que observa ser restaurante optante do sistema simplificado de apuração do ICMS à razão de 4% sobre o faturamento mensal, nos termos do art. 267, VI, do RICMS-BA.

Acusa estar viciada a cobrança por falta de motivação, visto que o descritivo da irregularidade praticada não se coaduna com os dispositivos legais citados pela auditoria, prejudicando-o no exercício da defesa e maculando a legalidade. Com efeito, os dispositivos supostamente tidos como violados se referem à técnica da não cumulatividade e nada tem a ver com o regime

simplificado de apuração do imposto aderido pela empresa. A suscitada divergência entre a soma dos documentos fiscais e base de cálculo usada pela defendente não ofende as normas referenciadas no corpo do auto de infração. Sobre a motivação, legalidade, cita decisão judicial de segundo grau e doutrina de Hely Lopes, Celso Antônio Bandeira, Fabiana Tomé, Seabra Fagundes e Adilson Dallari. Conclui que a exigência é nula porque maculada pela ausência de motivação.

Alega ter ocorrido erro da fiscalização, posto que em suas planilhas inúmeros cupons fiscais foram considerados em duplicidade, de modo que o montante da base impositiva resultou superior e irreal às operações praticadas pela impugnante.

Aponta exemplificativamente vários cupons fiscais em que se demonstra os lançamentos duplos, detalhando o equipamento emissor do cupom fiscal, números respectivos, datas, **itens**, valores e linhas identificadas nas planilhas, inclusive encartando na peça defensiva o próprio documento fiscal e trechos dos demonstrativos fiscais onde se encontra a anormalidade.

Agrega dentro da sua própria defesa uma tabela (fls. 38/39) na qual se indicam as quantias que correspondem às diferenças entre o valor efetivamente devido (excluindo-se os cupons fiscais duplicados) e o valor pago (coluna Q), no total de R\$ 29.872,53 **em seu favor**, comparando-se os meses e se fazendo a compensação entre o recolhido a menos e o recolhido a mais (item 73 da contestação). E explica detalhadamente de que modo foram encontrados os dados apostos nas colunas “A” a “P”.

Abriu espaço para destacar a coluna “M”, na qual a defendente registrou os valores mensais de bases de cálculo apurados com base na planilha elaborada pelo próprio auditor fiscal, após a exclusão dos montantes lançados em duplicidade, em face da consideração **repetida** de diversos itens comercializados. Tais exclusões encontram-se consideradas em planilha que a impugnante elaborou, intitulada “Evidência – Cupons fiscais em duplicidade” (doc. 03), juntada em meio digital, mero desdobramento do demonstrativo fiscal.

Assinala ainda que a autuação arranhou os princípios da legalidade, tipicidade cerrada e capacidade contributiva, na medida em que, com os lançamentos em duplicidade, imputou-se ao contribuinte uma riqueza não auferida. Refere de passagem que “os tipos tributários não deixam espaço para a discricionariedade e nem para a analogia, exceto ‘*in bonan partner*’” (sic; fl. 45).

Aduz que o documento 03, apensado na forma eletrônica, possui oito mil páginas, prontificando-se a apresentá-lo em mídia física, caso se faça necessário.

Argui, por fim, a nulidade ou, na pior análise, a improcedência do auto de infração, com seu consequente arquivamento.

Entre outros elementos, a defendente junta cópias de cupons fiscais (fls. 58/64) e CD contendo demonstrativos e arquivos eletrônicos (fl. 72).

Em suas informações fiscais (fls. 75/77), o autuante:

Pondera que o contribuinte se insurgiu, **com razão**, acerca dos lançamentos de itens em duplicidade, ocorridos quando da conversão dos Registros E14 e E15 dos arquivos MDFs.

Pontua que reanalisou os levantamentos e efetuou a sua correção, resultando num novo demonstrativo – encartado na própria peça informativa – que aponta para uma dívida remanescente de R\$ 3.672,48.

Anexado *compact disk* com o novo demonstrativo (fl. 78).

Instada a se manifestar sobre o pronunciamento do Estado, a autuada confirma a retificação fiscal e acena recolher o crédito tributário com a redução de 90%, com fulcro no art. 4º, § 1º, da Lei 7.014/96, pois dita correção faz reabrir o prazo de defesa, o que equivale a pagar a dívida antes desse ato processual.

Consta um novo CD à fl. 94.

Regularização de representação processual efetuada (fls. 97/142).

Em sucinta peça (fl. 143), o auditor fiscal declara que, após as retificações implementadas, restou o saldo de R\$ 3.672,48 e concorda com o desejo do contribuinte em fazer o recolhimento.

Vindo o PAF para este Conselho, decidiu a 5ª JF (fls. 149/151) convertê-lo em diligência, nos seguintes termos:

RESUMO DOS FATOS E ARGUMENTOS JUSTIFICADORES.

No total histórico de R\$ 148.458,99, trata o presente lançamento de ofício da seguinte infração: pagamento a menor de ICMS em virtude de desencontro entre os montantes recolhidos e o escriturado nos registros de apuração. Diferenças decorrem do confronto do somatório de valores de fornecimentos de mercadorias tributáveis apontados nos cupons fiscais e nas notas fiscais de saídas, dados extraídos nas MFDs, em relação ao lançado na EFD.

Documentação aportada pelo fisco (fls. 05/12).

*Para justificar a necessidade de diligência, mister enfocar que a defesa empresarial (fls. 19/47), entre outros argumentos: (i) disse ter ocorrido erro da fiscalização, posto que em suas planilhas inúmeros cupons fiscais foram considerados em duplicidade, de modo que o montante da base impositiva acusou uma quantia irreal, se comparada com as operações praticadas pela impugnante; (ii) exibiu vários cupons fiscais em que se demonstra os lançamentos duplos, detalhando o equipamento emissor do cupom fiscal, números respectivos, datas, **itens**, valores e linhas identificadas nas planilhas, inclusive encartando na peça defensiva o próprio documento fiscal e trechos dos demonstrativos fiscais onde se encontra a anormalidade; (iii) encartou tabela (fls. 38/39) na qual se indicam as cifras que correspondem às diferenças entre o valor efetivamente devido (excluindo-se os cupons fiscais duplicados) e o valor pago (coluna Q), no total de R\$ 29.872,53 **em seu favor**, comparando-se os meses e se fazendo a compensação entre o recolhido a menos e o recolhido a mais (item 73 da contestação); (iv) explica detalhadamente de que modo foram encontrados os dados apostos nas colunas "A" a "P"; (v) abriu espaço para destacar a coluna "M", na qual a defendente registrou os valores mensais de bases de cálculo apurados com base na planilha elaborada pelo próprio auditor fiscal, após a exclusão dos montantes lançados em duplicidade, em face da consideração **repetida** de diversos itens comercializados; (vi) esclarece que tais exclusões encontram-se consideradas em planilha que a impugnante elaborou, intitulada "Evidência – Cupons fiscais em duplicidade" (doc. 03), juntada em meio digital, mero desdobramento do demonstrativo fiscal (vii) aduz que o documento 03, apensado na forma eletrônica, possui oito mil páginas, prontificando-se a apresentá-lo em mídia física, caso se faça necessário.*

Aportados documentos pelo contribuinte (fls. 58/72).

*Em suas informações fiscais (fls. 75/77), o autuante: a) pondera que o contribuinte insurgiu-se, **com razão**, acerca dos lançamentos de itens em duplicidade, ocorridos quando da conversão dos Registros E14 e E15 dos arquivos MDFs; b) pontua que reanalisou os levantamentos e efetuou a sua correção, resultando num novo demonstrativo – encartado na própria peça informativa – que aponta para uma dívida remanescente de R\$ 3.672,48.*

Anexado compact disk com o novo demonstrativo (fl. 78).

Há, em seguida, confirmação da autuada e do autuante acerca deste novo valor.

Não obstante a concordância do fisco e do contribuinte, este Colegiado não viu ainda segurança, dentre os elementos de instrução, para acompanhar este entendimento.

No CD de fl. 78, a planilha nominada CF+NF Trib Apuração Final aponta por mês a totalização de ICMS dos cupons e notas fiscais, a planilha nominada E15 Trib CF acusa a identificação dos cupons fiscais e respectivos itens, de outubro de 2014 a dezembro de 2016, a planilha nominada Trib NF indica as notas fiscais emitidas (sem indicação do número) e a planilha nominada DAEs quanto foi recolhido de imposto pelo contribuinte no período autuado, com respectivos códigos de receita.

O que a empresa alega, em síntese, é ter havido no primeiro levantamento fiscal uma série de lançamentos em duplicidade de itens constantes em cupons fiscais, de modo que o valor da base de cálculo partiu de itens de cupons fiscais repetidos, afetando o seu movimento mensal.

Dentro da planilha intitulada de "E 15 Trib CF", aponta inconsistências nas linhas 37166 a 37175, posto que no "Contador de Ordem de Operação" (COO) 5069, emitido pelo ECF BE091410100011296962, houve lançamento múltiplo de itens, a exemplo dos produtos "aussie fries", "iced teas de pêssego" e "toowoomba pasta". De fato, ao consultar-se a referida planilha, verifica-se a ocorrência desta anormalidade.

Para o COO 036366, emitido em 01.02.2016 pelo ECF BE091410100011205290, houve lançamento múltiplo de itens, a exemplo dos produtos "lara mora", "tea cranbs", "ribs" e "bloom", com um consumo

total de R\$ 135,70. De fato, ao consultar-se a referida planilha, verifica-se a ocorrência desta anormalidade – linhas 333792 a 333799.

Para o COO 037907, emitido em 14.3.2016 pelo ECF BE091410100011205290, houve lançamento múltiplo de itens, a exemplo dos produtos “jackaroo” e “bloom”, com um consumo total de R\$ 104,90. De fato, ao consultar-se a referida planilha, verifica-se a ocorrência desta anormalidade – linhas 348339 a 348342.

Para o COO 041021, emitido em 24.4.2016 pelo ECF BE091410100011205290, houve lançamento múltiplo de itens, a exemplo dos produtos “alice” e “tea cranb”, com um consumo total de R\$ 110,90. De fato, ao consultar-se a referida planilha, verifica-se a ocorrência desta anormalidade – linhas 374268 a 374273.

Para o COO 051327, emitido em 17.6.2016 pelo ECF BE091410100011296962, houve lançamento múltiplo de itens, a exemplo dos produtos “tea” e “tea limão”, com um consumo total de R\$ 156,40. De fato, ao consultar-se a referida planilha, verifica-se a ocorrência desta anormalidade – linhas 418999 a 419008.

À vista destes elementos, o autuante revisa os levantamentos por ele confeccionados e termina por acusar não uma dívida de R\$ 148.458,99, originalmente lançada, e sim de R\$ 3.672,48, conforme se vê do seu informativo fiscal - fls. 76 e 77 - e do novo CD apensado à fl. 78.

Entretanto, apesar de nos exemplos trazidos pela defesa ficarem constatadas as inconsistências, faz-se necessário que todas as duplicidades estejam apontadas no levantamento fiscal inicial, exatamente para se ter a certeza de que o valor remanescente do crédito tributário desceu para R\$ 3.672,48.

Tal informação revela-se imprescindível para que, considerando a verdade material que se deve deixar estampada nos autos, este Colegiado, demais atores processuais e instâncias de julgamento tenham a certeza de apenas considerar subsistentes as cifras indicadas pelas partes processuais. Note-se que este processo, se ratificado o valor residual, subirá para o segundo grau, em sede de remessa necessária. Da maneira como estão os elementos demonstrativos da redução da exigência, fatalmente o julgamento de primeira instância seria nulificado.

DILIGÊNCIA

Isto posto, esta Junta resolveu converter o processo em diligência para a **DAT METRO/INFAZ VAREJO**, no esforço de buscar na completude a melhor apreciação do caso concreto, pautada nas seguintes providências:

I-POR PARTE DO AUTUANTE:

Identificar **em amarelo** nas planilhas excell integrantes do **levantamento fiscal inicial** quais as **linhas** que acusaram nos **cupons fiscais** duplicidade de lançamento de itens, para fins de **comparação** por parte **deste Colegiado** com os itens remanescentes que estejam corretos e respectivos ICMS totalizados por mês com os recolhimentos efetivados pelo contribuinte, expostos na revisão fiscal feita à fl. 74.

II- POR PARTE DO SETOR DE PREPARO:

Após a juntada deste novo demonstrativo, intimar o autuado para, em 10 (dez) dias, **firmar novo pronunciamento**.

Efetuada estes atos processuais e caso não se faça necessário praticar nenhum outro mais na unidade fazendária de origem, deve o PAF retornar para este Colegiado com o objetivo de instrução complementar e julgamento.

Diligência atendida pelo i. autuante (fls. 156/158), oportunidade em que foi apresentada mídia digital com as planilhas de todos os lançamentos, inclusive os duplicados, os corretos, por documento fiscal e da apuração final revisada, colando tabela explicativa no informativo revisional (fl. 157), reduzindo a cobrança para R\$ 3.260,96.

CD apensado (fl. 159).

Intimado dos novos elementos instrutórios, o contribuinte (fls. 165/168) concorda com o recálculo fiscal, em face da duplicidade de cupons fiscais considerados, e pondera que, não obstante a redução da cobrança, deve o recolhimento ser viabilizado com o abatimento de 90% do montante da multa.

Razões confirmatórias da fiscalização (fl. 284), inclusive acenando para o pagamento da dívida com a redução pleiteada da penalidade.

Processo retornou a esta relatoria.

Considero suficientes os elementos instrutórios presentes nos autos, não sendo mais cabível qualquer outra diligência e/ou perícia.

VOTO

Denego qualquer pedido explícito ou implícito de diligência por já constarem dos autos os elementos necessários à elucidação do processo.

Uma das alegações empresariais indica a ausência de motivação para o lançamento de ofício sob exame, porquanto inexistente correspondência entre o descritivo infracional e os dispositivos legais que lhe deram cobertura.

Apesar de ter havido confluência de entendimentos entre o autuante e a autuada, depois de retificado o primeiro levantamento fiscal, resolve-se apreciar a questão como preliminar de matéria que se confunde com o mérito.

Em verdade, a irregularidade está bem compreendida. Trata-se de recolhimento a menor de ICMS porque os valores consignados em documentos fiscais (cupons e notas) a título de base tributável estão em montante superior àquele consignado na escrita fiscal digital.

Ainda que não haja exata correlação entre as disposições normativas tidas como afrontadas, isto não é motivo suficiente para inquinar de nulidade a presente cobrança.

Há previsão regulamentar processual expressa na linha de admitir a integridade formal do lançamento de ofício, caso fique evidente, pela descrição dos fatos, o enquadramento legal. Veja-se a transcrição abaixo do art. 19 do RPAF-BA.

Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Não obstante o contribuinte ser optante pelo regime simplificado de apuração do imposto, à razão de 4% sobre seu faturamento mensal, resulta lógico que os valores registrados nos documentos fiscais devem ser transpostos com exatidão na sua escrita fiscal digital. Se isto não acontece, pode suceder dos recolhimentos feitos pela empresa serem insuficientes, provocando a cobrança das diferenças daí consequentes. Esta é a irregularidade formalizada no auto de infração, insuspeita de qualquer especulação. Pelo menos do ponto de vista formal.

Logo, improcede o pleito do sujeito passivo.

Assim, o Auto de Infração cumpre formalmente os requisitos de lei, constatados os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua formalização, designadamente os dados do contribuinte, os dados da lavratura, a existência da descrição dos fatos supostamente infracionais, o demonstrativo do débito, a existência de enquadramento legal e a previsão normativa da multa proposta, além da assinatura do autuante, entre outros requisitos já padronizados pelo sistema denominado Sistema de Lançamento dos Créditos Tributários - SLCT.

Defesa ofertada sem questionamentos do órgão de preparo acerca de ter havido anormalidades temporais ou defeitos de representação legal para o signatário da peça impugnatória funcionar no processo.

À luz da matéria externada pelo contribuinte em sua defesa no tópico II-2, é preciso fazer uma aferição dos elementos confrontantes apresentados.

Para tanto, examinou-se os levantamentos primeiros elaborados pela auditoria, revisados depois da impugnação.

A empresa alega ter havido neste levantamento fiscal primeiro uma série de lançamentos em duplicidade de itens constantes em cupons fiscais, de modo que o valor da base de cálculo partiu de itens de cupons fiscais repetidos, afetando o seu movimento mensal.

Dentro da planilha intitulada de “E 15 Trib CF”, aponta inconsistências nas linhas 37166 a 37175, posto que no “Contador de Ordem de Operação” (COO) 5069, emitido pelo ECF BE091410100011296962, houve lançamento múltiplo de itens, a exemplo dos produtos “aussie fries”, “iced teas de pêssego” e “toowoomba pasta”. De fato, ao consultar-se a referida planilha, verifica-se a ocorrência desta anormalidade.

E o contribuinte segue trazendo mais casos.

Para o COO 036366, emitido em 01.02.2016 pelo ECF BE091410100011205290, houve lançamento múltiplo de itens, a exemplo dos produtos “lara mora”, “tea cranbs”, “ribs” e “bloom”, com um consumo total de R\$ 135,70. De fato, ao consultar-se a referida planilha, verifica-se a ocorrência desta anormalidade – linhas 333792 a 333799.

Para o COO 037907, emitido em 14.3.2016 pelo ECF BE091410100011205290, houve lançamento múltiplo de itens, a exemplo dos produtos “jackaroo” e “bloom”, com um consumo total de R\$ 104,90. De fato, ao consultar-se a referida planilha, verifica-se a ocorrência desta anormalidade – linhas 348339 a 348342.

Para o COO 041021, emitido em 24.4.2016 pelo ECF BE091410100011205290, houve lançamento múltiplo de itens, a exemplo dos produtos “alice” e “tea cranb”, com um consumo total de R\$ 110,90. De fato, ao consultar-se a referida planilha, verifica-se a ocorrência desta anormalidade – linhas 374268 a 374273.

Para o COO 051327, emitido em 17.6.2016 pelo ECF BE091410100011296962, houve lançamento múltiplo de itens, a exemplo dos produtos “tea” e “tea limão”, com um consumo total de R\$ 156,40. De fato, ao consultar-se a referida planilha, verifica-se a ocorrência desta anormalidade – linhas 418999 a 419008.

À vista destes elementos, o autuante revisa os levantamentos por ele confeccionados e termina por acusar não uma dívida de R\$ 148.458,99, originalmente lançada, e sim de R\$ 3.672,48, conforme se vê do seu informativo fiscal - fls. 76 e 77 - e do novo CD apensado à fl. 78.

Sobre este último montante, o estabelecimento autuado expressa aceitação e sinaliza querer efetivar o recolhimento – fls. 89 e 90 – manifestação com a qual conta com a concordância da auditoria, conforme se extrai da fl. 143.

Tal valor, em função de diligência solicitada por esta Junta, sofreu ainda mais subtração, caindo para R\$ 3.260,96, conforme revisão fiscal procedida pelo autuante, contando com a aquiescência da defendente.

Por outro lado, não há que se falar em violação à legalidade, tipicidade cerrada e à capacidade contributiva. Tem a exigência fiscal respaldo na lei. A circunstância da auditoria ter considerado lançamentos de itens em duplicidade nos levantamentos originais tem abrangência apenas fática. Tanto assim é que as inconsistências foram corrigidas e o crédito tributário recalculado. Do mesmo modo, respeitou-se a capacidade contributiva porquanto a Fazenda Pública acabou retirando da cobrança as comercializações que não sucederam.

Por derradeiro, como há posicionamento empresarial no sentido de pagar o crédito tributário com a redução da multa de 90%, deverá o órgão fazendário competente atentar para a redução sancionatória aplicável no estado em que se encontrar o PAF no instante de sua quitação. Note-se que a diminuição solicitada só teria cabimento se o recolhimento se desse antes do prazo para impugnação, contados a partir da ciência do auto de infração. Deveria o sujeito passivo, naquela fase processual, fazer a conferência da cobrança estatal e efetivar o recolhimento que entenderia como devido. Todavia, isto não aconteceu. Pleito empresarial rejeitado.

Auto de infração PROCEDENTE EM PARTE, no total de R\$ 3.260,96, devendo ser adotado para fins de liquidação o demonstrativo encartado pelo autuante à fl. 157.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206896.0003/18-5**, lavrado contra **OUTBACK STEAKHOUSE RESTAURANTES BRASIL S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 3.260,96**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b”, da Lei nº 7.014/96, e demais consectários.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de fevereiro de 2024.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – PRESIDENTE/RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR